



Rundbrief zum Recht der Erneuerbaren Energien

Die Qual der Wahl Pilotanlagen und ihre Vergütungsmöglichkeiten nach dem EEG

Rechtsanwältin Charlotte Probst
Rechtsanwältin Dr. Mahand Vogt

Mit dem neuen EEG haben Betreiber von Pilotwindanlagen erstmals die Wahl, ob sie mit ihren Anlagen in die Ausschreibung gehen und auf die bezuschlagte Vergütung setzen oder die gesetzliche Vergütung in Anspruch nehmen wollen.

Pilotanlagen im Ausschreibungsverfahren

Das EEG sieht nicht nur vor, dass Pilotwindenergieanlagen an Land mit einer installierten Leistung von bis zu 125 Megawatt (MW) pro Jahr für die Ermittlung der Marktprämie von der Verpflichtung zur Teilnahme an der Ausschreibung ausgenommen sind. Anlagen, die die gesetzlichen Voraussetzungen des § 3 Nr. 37 EEG erfüllen und im Gebot als Pilotanlagen gekennzeichnet sind, werden sogar unmittelbar vom Gebotsverfahren ausgeschlossen. Das bedeutet aber nicht, dass den Anlagen eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren stets verwehrt wäre. Hierzu dürfen sie im Gebot aber nicht als Pilotanlagen gekennzeichnet sein. Im Falle einer Zuschlagserteilung richtet sich die Marktprämie für den eingespeisten Strom nach dem anzulegenden Wert, § 22 EEG.

Unsere Themen

- Die Qual der Wahl Pilotanlagen und ihre Vergütungsmöglichkeiten nach dem EEG
- „Ufo-Lichter“ ade! Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen
- Nach der Regierungsbildung - Wie geht's weiter mit dem EEG?
- Aktuelle Rechtsprechung

Gesetzliche Vergütung für Pilotanlagen

Soweit sich der Betreiber einer zertifizierten Pilotanlage gegen das Ausschreibungsverfahren entscheidet, hat er die Möglichkeit, für die Anlagen einen Anspruch auf die gesetzliche Vergütung geltend zu machen. Hierfür muss die Anlage schon errichtet und ihre Inbetriebnahme im Register gemeldet worden sein. Dazu steht der Anspruch nur den ersten 125 MW installierte Leistung pro Kalenderjahr zu. Es gilt also das „Windhundprinzip“: die Betreiber der ersten 125 MW können den Anspruch sofort geltend machen, die übrigen frühestens im Folgejahr – dann allerdings vorrangig, in der zeitlichen Reihenfolge ihrer Registermeldung und bis zur Grenze der installierten Leistung von 125 MW. Folge ist, dass die Anlagen bis dahin ohne gesetzliche Vergütung betrieben werden. Im Hinblick auf die Vergütungshöhe gilt für das Jahr 2018 noch das zweistufige Referenzertragsmodell aus Grund- und erhöhter Anfangsvergütung, die einer Degression unterliegen.

Pro und contra

Beide Vergütungsmodelle haben Vor- und Nachteile. So wissen Pilotanlagenbetreiber, setzen sie auf die gesetzliche Vergütung, zum Zeitpunkt der Errichtung ihrer Anlage noch nicht, ab wann der eingespeiste Strom auch vergütet wird. Ferner ist die Vergütungshöhe nur für 2018 in Betrieb genommene Anlagen eindeutig kalkulierbar, denn ab 2019 gilt das einstufige Referenzertragsmodell und der anzulegende Wert wird aus dem Durchschnitt der jeweils höchsten noch bezuschlagten Gebote aller Ausschreibungen für Windenergie an Land aus dem Vorjahr bestimmt (§ 46b EEG), ist also ebenso wenig einschätzbar wie die Werte des Gebotsverfahrens selbst.

Bei der Teilnahme am Gebotsverfahren erhält der Bieter einen festen Zuschlagswert über 20 Jahre ab Inbetriebnahme; dieser

Aktuelles

Neue Büroräume in Hamburg

Unser neuer Standort in Hamburg ist eröffnet. Aus diesem Anlass haben wir ein Seminar rund um aktuelle rechtliche Fragen aus dem Bereich der Windenergienutzung organisiert.

Die Veranstaltung mit den Gastreferenten Herrn Till Schorer (DEWI UL International GmbH) und Herrn Oliver Bunk (Kötter Consulting Engineers GmbH & Co.KG) findet am 27.4.2018, 09:30 bis ca.15:00 Uhr, im Haus der Patriotischen Gesellschaft, Trostbrücke 6, 20457 Hamburg statt.

Anfragen über noch freie Plätze an antwort-bme@bme-law.de; Informationen zum genauen Ablauf unter www.bme-law.de.

ist auch unabhängig von den Zuschlagshöhen der übrigen erfolgreichen Gebote. Allerdings besteht neben der Gefahr, nicht bezuschlagt zu werden, noch das Risiko, dass der Zuschlag deutlich geringer ausfällt als die gesetzliche Vergütung. Hier ist zu bedenken, dass der Bieter an den erteilten Zuschlag gebunden und eine Trennung von Zuschlag und Genehmigung nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, so nach Ablauf der Frist zur Realisierung. Dann kann unter Inkaufnahme der Pönale nach § 55 EEG ein Wechsel bei den Vergütungsregimen vorgenommen und ein Anspruch auf gesetzliche Vergütung angestrebt werden. Ein solcher Wechsel ist umgekehrt wohl nicht möglich, denn für eine ausgewiesene Pilotanlage ist eine Teilnahme am Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen.



„Ufo-Lichter“ ade!

Bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen

Rechtsanwalt Thomas Schmitz

Durch technische Systeme, die es ermöglichen, Windenergieanlagen gezielt in den kurzen Zeiträumen in der Nacht zu befeuern, in denen sich tatsächlich Luftfahrzeuge im Luftraum in der Nähe der Anlagen befinden, können Lichtemissionen erheblich reduziert werden. Es wird davon ausgegangen, dass derartige Systeme die erzeugten und von Menschen mitunter als störend empfundenen Lichtemissionen um bis zu 90% reduzieren können.

Der Einsatz von technischen Systemen zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung in Windenergieanlagen ist grundsätzlich begrüßenswert, weil hierdurch die Akzeptanz für Windenergieanlagen in der Bevölkerung gesteigert wird. Aktuell erfüllen jedoch nur sehr wenige Systeme die rechtlichen Anforderungen für deren Einsatz. Daher sind die Preise (von bis zu 750.000 Euro) für die bereits zugelassenen Systeme noch sehr hoch.

Um die rechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz von Systemen zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen zu schaffen, wurden in 2015 die Vorgaben in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen, Nr. 17.4 Satz 2, geändert (hierüber hatten wir bereits in unserem Rundbrief 10/2015 berichtet). Nun hat der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern den nächsten Schritt gewagt

und durch die Änderung von § 46 Abs. 2 und 3 der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (kurz: „LBauO M-V“) auch eine Verpflichtung zum Einsatz derartiger Systeme normiert. Diese Verpflichtung betrifft Vorhaben, die ab dem 30. Dezember 2017 genehmigt wurden und welche die Errichtung von fünf oder mehr Windenergieanlagen umfassen. Bei Vorhaben, die weniger Anlagen umfassen, besteht die Möglichkeit, anstelle der Installation eines solchen Systems eine Zahlung je Windenergieanlage in Höhe von 100.000 Euro zu leisten.

An der Rechtmäßigkeit der Regelung in § 46 Abs. 2 und 3 LBauO M-V bestehen verfassungsrechtliche Bedenken. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber des Landes Mecklenburg-Vorpommern kompetenzrechtlich überhaupt befugt war, eine solche Regelung zu erlassen. Entscheidend ist, ob die Regelung tatsächlich – wie vom Landesgesetzgeber vertreten – als bauordnungsrechtliche Regelung zu bewerten ist. Es spricht aus unserer Sicht viel dafür, diese demgegenüber als Regelung zum Schutz der Luftverkehrssicherheit zu bewerten, welche nur auf Basis von Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG – durch den Bundesgesetzgeber – hätte erlassen werden können. Darüber hinaus bestehen aufgrund der sehr hohen Kosten der derzeit zugelassenen Systeme auch Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelung, ganz davon abgesehen, dass sich auch die Frage der Erforderlichkeit einer Regelung aufdrängt,



Thomas Schmitz ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.

die aus bauordnungsrechtlichen Gründen – vorgeblich – notwendig sein soll, die dann aber in nicht wenigen Fällen durch Zahlungen abgewendet werden kann.

Verpflichtende Regelungen wie in Mecklenburg-Vorpommern sind in anderen Bundesländern zunächst einmal nicht geplant. Es ist davon auszugehen, dass die Gesetzgeber in anderen Bundesländern, in denen bislang noch keine Regelungen für den Einsatz von technischen Systemen zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen existieren, abwarten, bis die Gerichte über die in Mecklenburg-Vorpommern geschaffenen Regelungen entschieden haben.

Aktuelle Rechtsprechung

Bundeswehrradar vs. Windenergieanlage
Oberverwaltungsgericht Koblenz,
Beschluss vom 27. Februar 2018 –
8 B 11970/17

In diesem Verfahren sah sich das Oberverwaltungsgericht gehindert, auf Antrag des Anlagenprojektierers den Sofortvollzug für eine Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen anzuordnen, nachdem die Bundeswehr wegen der Gefährdung ihrer Radaranlage Widerspruch eingelegt hatte. Das Oberverwaltungsgericht konnte zwar nicht feststellen, dass die Genehmigung ersichtlich rechtswidrig war, im Hinblick auf die Nutzung der Radaranlage und wegen deren bündnis-politischem Wert standen die nur wirtschaftlichen Interessen des Anlagenbetreibers hinter den öffentlichen Interessen am Betrieb der Radaranlage zurück, so dass aus Sicht des Gerichts kein Sofortvollzug in Betracht kam.

Zu spät anerkannt

Oberverwaltungsgericht Saarlouis,
Beschluss vom 28. Februar 2018 –
2 B 811/17

Das Oberverwaltungsgericht hat die Beschwerde eines nunmehr anerkannten Umweltverbandes gegen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung von fünf Windenergieanlagen als unzulässig zurückgewiesen. Grund war, dass zum Zeitpunkt der Widerspruchseinlegung der Verband weder anerkannt war noch eine Verzögerung des Antrags auf Anerkennung zu erkennen war. Damit fehlte, da eine eigene Rechtsverletzung des Verbandes naturgemäß nicht vorlag, die Zulässigkeitsvoraussetzung nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz.

Kein Interimsverfahren in Niedersachsen
Verwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 19. Februar 2018 – 2 B 153/17

Zurzeit entscheiden zahlreiche Bundesländer per Erlass über die Anwendung des

so genannten Interimsverfahrens, das im Regelfall zu einer Verschärfung der schallimmissionsschutzrechtlichen Anforderung an Windenergieanlagen führt. Aktuell hat allerdings das Verwaltungsgericht Lüneburg entschieden, dass aus seiner Sicht keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, die eine Bindungswirkung der TA Lärm entfallen lassen. Das Gericht stellt insbesondere darauf ab, dass eine entsprechende Umsetzung per Erlass in Niedersachsen fehlt.

Regionalplan Nordhessen – Rechtswidrig, aber wirksam
Verwaltungsgerichtshof Kassel, Beschluss vom 25. Januar 2018 –
4 B 2222/17

In dieser Eilentscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass eine Außervollzugsetzung des Regionalplans im Hinblick auf die Windenergiesteuerung nicht in Betracht kommt. Die klagende Kommune machte zwar zu Recht geltend, dass eine notwendige weitere Beteiligung

Nach der Regierungsbildung – Wie geht's weiter mit dem EEG?

Rechtsanwalt Benjamin Zietlow

Kaum ein anderes Rechtsgebiet war in der Vergangenheit innerhalb so kurzer Zeit so häufig Änderungen unterworfen wie der Bereich der Erneuerbaren Energien. Auch gab es zuletzt heftige Kritik am Ausschreibungsdesign, insb. im Hinblick auf Bürgerenergiegesellschaften und die Folgen ihrer Privilegierung. Aus diesem Grund haben wir für Sie einen Blick in den Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD geworfen um zu sehen, mit welchen neuen Regelungen in diesem Bereich künftig gerechnet werden darf. Daneben gibt es auch bereits einen Gesetzesentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 3/18(B)) zur Änderung des EEG.

Was plant die neue Koalition?

Als allgemeines Ziel hat sich die neue Koalition gesetzt, bis zum Jahr 2030 den Anteil der Erneuerbaren Energien auf 65 Prozent zu steigern. Ferner hat die Koalition erkannt, dass die Privilegierung der Bürgerenergiegesellschaften bei den Ausschreibungen (Teilnahme ohne BImSchG-Genehmigung) zu Verwerfungen am Markt geführt hat, sodass zukünftig alle Akteure nur mit einer Genehmigung an der Ausschreibung teilnehmen können sollen. Um der befürchteten Ausbaulücke zu begegnen, soll es Sonderausschreibungen i.H.v. je vier Gigawatt Onshore-Windenergie und Photovoltaik geben, je zur Hälfte wirksam in 2019 und 2020. Dies steht allerdings noch unter dem Vorbehalt der Aufnahme-fähigkeit der entsprechenden Netze.

Daneben plant die neue Koalition einen besseren Interessenausgleich zwischen der Erneuerbaren-Branche einerseits und Naturschutz- und Anwohneranliegen andererseits. So ist u.a. eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien geplant, mit der die Möglichkeit der Projektbeteiligung von Standortgemeinden und Bürgerinnen und Bürgern verbessert wird. Konkrete Vorschläge, wie dies aussehen könnte, enthält der Koalitionsvertrag allerdings noch nicht.

Welche konkreten Änderungen sieht der Gesetzesentwurf vor?

Etwas konkreter sind da bereits die Vorstellungen des Bundesrates in seinem Gesetzesentwurf.

Aktuell ist im § 28 EEG 2017 für die Ausschreibungsrunden im Jahr 2018 jeweils ein Volumen von 700 Megawatt vorgesehen. Der Gesetzesentwurf sieht für die Ausschreibungstermine 1. August 2018 und 1. Oktober 2018 nunmehr erhöhte Volumina von 1.150 Megawatt und 1.650 Megawatt vor. Damit soll die befürchtete Ausbaulücke geschlossen werden. Letztlich handelt es sich hierbei aber nur um vorgezogene Ausschreibungen, da das zusätzliche Volumen in späteren Ausschreibungsrunden (ab 2023) wieder abgezogen werden soll.

Die aktuelle Übergangsregelung des § 104 Abs. 8 EEG 2017 setzte die Privilegierung



“

Benjamin Zietlow ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht und Energierecht tätig.

der Bürgerenergiegesellschaften hinsichtlich der Möglichkeit der Teilnahme an der Ausschreibung ohne Genehmigung bereits für Februar und Mai 2018 aus. Mit dem Gesetzesentwurf des Bundesrates soll die Privilegierung für die Ausschreibungsrunden nochmals bis einschließlich des Gebotstermins 1. Mai 2019 ausgesetzt werden.

Ferner soll nach dem Entwurf ausschließlich für den Gebotstermin 1. August 2018 die Realisierungsfrist von 30 auf 21 Monate verkürzt werden, um eine tatsächliche Umsetzung der Projekte bis spätestens Anfang 2020 zu gewährleisten. Auch dies dient letztlich dazu, die befürchtete Ausbaulücke zu schließen.

Der Bundesrat hat am 2. Februar 2018 beschlossen, den Entwurf beim Deutschen Bundestag einzubringen.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten, dass auch in dieser Legislaturperiode wieder mit mehreren Änderungen des EEG zu rechnen ist.

der Öffentlichkeit unterblieben sei, denn die Verringerung der Vorranggebiete für die Windenergienutzung im Planverfahren hätte eine erneute Auslegung erfordert, aber die für den Erfolg des Eilverfahrens notwendigen schweren Nachteile für die Gemeinde konnte der Senat im Einzelfall nicht erkennen, sodass der Eilantrag zurückgewiesen wurde.

Offshore: Entschädigung bei nicht fristgerechtem Netzanschluss
Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 6. Dezember 2017 – III-Kart 123/16

In dieser Entscheidung hatte der Kartellsenat des Oberlandesgerichts über die Entschädigungsansprüche des Netzbetreibers einer Offshore-Windenergieanlage zu entscheiden. Er stellte fest, dass jedenfalls die Berechnungsmethode der Bundesnetzagentur und des Übertragungsnetzbetreibers, die sich an den Leistungsdaten der, auf den nicht betriebsbereiten Offshore-Windenergieanlagen befindlichen Anemometer orientiert hat-

te, fehlerhaft war. Es sei sachgerechter gewesen, sich an den Daten der FINO-Messmasten zu orientieren. Die Bundesnetzagentur muss über das Missbrauchsverfahren erneut entscheiden.

Regionalplan Prignitz-Oberhavel unwirksam
Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Januar 2018 – 11 N 27/15

In diesem Verfahren hat das Oberverwaltungsgericht einen Antrag auf Zulassung der Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts Potsdam zurückgewiesen, mit dem das Verwaltungsgericht der Windenergieanlagenbetreiberin einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Genehmigungsantrages zugestanden hatte. Der Regionalplan kann dem Zulassungsvorhaben nicht entgegengehalten werden, da er ersichtlich abwägungsfehlerhaft ist und diese Abwägungsfehler erheblich sind und so einer Rechtswirksamkeit des Plans entgegenstehen.

Windenergienutzung nur innerhalb des Vorrang- und Eignungsgebietes zulässig
Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 21. Dezember 2017 – 4 BN 3/17

In dieser von Blanke Meier Evers erstrittenen Entscheidung hat das Gericht entschieden, dass die Festsetzung eines sonstigen Sondergebietes für die Windenergienutzung im Bebauungsplan außerhalb des regionalplanerisch festgelegten Vorrang- und Eignungsgebietes auch dann gegen das Anpassungsverbot des § 1 Abs. 4 BauGB verstößt, wenn Baufenster für Windenergieanlagen nur innerhalb des Vorrang- und Eignungsgebietes liegen. Die Vorinstanz hatte den Bebauungsplan auf Antrag eines von Blanke Meier Evers vertretenen Planers für unwirksam erklärt und das Bundesverwaltungsgericht hat diese Entscheidung nun bestätigt.



Kompetente Partner für erneuerbare Energien

Wir beraten Hersteller, Projektierungsunternehmen, Initiatoren, Finanziierer, Kommunen und Betreiber von Projekten zur Erzeugung erneuerbarer Energien in allen rechtlichen Fragestellungen. Rechtsanwälte der Kanzlei Blanke Meier Evers sind seit 1991 im Bereich der erneuerbaren Energien beratend tätig.

Besondere Expertise besteht unter anderem im Gesellschafts- und Steuerrecht, der Vertragsgestaltung, der Konzeption

von Beteiligungsgesellschaften, der Projektfinanzierung sowie im gesamten Bau-, Planungs- und Einspeiserecht. Wir begleiten darüber hinaus international tätige Unternehmen bei Investitionen in Deutschland und Europa.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit über 25 Rechtsanwälte, von denen sich 11 schwerpunktmäßig mit den Rechtsproblemen im Bereich der erneuerbaren Energien befassen.



- **Dr. Klaus Meier**
Vertragsgestaltung, Projektfinanzierung, Recht der Erneuerbaren Energien
- **Dr. Volker Besch**
Gesellschaftsrecht, Produkthaftungsrecht, Prospekthaftungsrecht
- **Dr. Andreas Hinsch**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Dr. Thomas Heineke, LL.M.**
Vertragsgestaltung, Energierecht, Haftungs- und Gewährleistungsrecht
- **Dr. Jochen Rotstegge**
Gesellschaftsrecht, Vertragsgestaltung
- **Dr. Falko Fähndrich**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Lars Wenzel**
Vertragsgestaltung, Energierecht
- **Dr. Mahand Vogt**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Benjamin Zietlow**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Thomas Schmitz**
Öffentliches Baurecht, Immissionsschutzrecht, Energierecht
- **Charlotte Probst**
Vertragsgestaltung, Energierecht

Verlag und
Herausgeber: Blanke Meier Evers
Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB
Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE)
28217 Bremen
Tel: 0421 - 94 94 6 - 0
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66
Internet: www.bme-law.de
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Andreas Hinsch
Druck: Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen
Layout und DTP: Stefanie Schürle